ZUR LEHRE

VON DER SOGENANNTEN

TRANSMISSIO THEODOSIANA.

INAUGURAL-ABHANDLUNG

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT ZU ERLANGEN

VON

PH. J. WEBLER.

MÜNCHEN.
1891.

ZUR LEHRE

VON DER SOGENANNTEN

TRANSMISSIO THEODOSIANA.

INAUGURAL-ABHANDLUNG

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT ZU ERLANGEN

VON

PH. J. WEBLER.

MÜNCHEN.
1891.

Dem k. ö. o. Professor der Rechte zu Erlangen

HERRN

DR. E. HÖLDER

in Dankbarkeit und Hochachtung gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535708_0222

I.
Einleitung.

DIE von der neueren Wissenschaft Transmissionsfälle genannten Ausnahmen von der Grundregel des römischen Erbrechts, nämlich dass eine Erbportion erst erworben, erst in das Eigentum des Erben übergegangen sein muss, bevor sie auf die Erbeserben gelangen kann, haben schon von jeher Anlass zu vielerlei Streitfragen gegeben, ohne dass man bis jetzt zu einer Einigung gekommen wäre. Die bestehenden widerstreitenden Ansichten beruhen nun zum grossen Teil auf der Meinungsverschiedenheit über Begriff und Umfang der Transmissionsfälle und den hieraus gezogenen Konsequenzen. Vor allem strittig jedoch, sowohl bezüglich ihres Begriffs als hinsichtlich ihrer geschichtlichen Grundlage, ist die sogen. transmissio Theodosiana, so genannt, weil sie im Jahre 450 p. Chr. durch eine Konstitution der Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III. eingeführt worden ist; von Justinian ist dieselbe unter der Rubrik l. un. Cod. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt (VI 52) in den Codex aufgenommen worden. Infolge der Mannichfaltigkeit der Streitfragen und der hiebei zu Tage tretenden prinzipiellen Gegensätze ist unsere Wissenschaft auch sehr reich an literarischen Erzeugnissen hierüber, von denen nur nachstehende zu Gebote standen und benützt wurden:

Thibaut, Versuche II Nr. 7 (1801).
F. A. Niemeyer, de transm. Theodos. (1812).
v. Löhr, Archiv f. civ. Pr. II Ste. 192 fg. (1819).
Marezoll, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. II Ste. 54 fg. (1829).
Steppes, die Transm. d. Erbsch. n. r. Recht (1831).
v. Buchholz, jurist. Abhandl. Nr. 2 (1833).
Löbenstern, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX Ste. 198 fg. (1836).
v. Vangerow, Arch. f. civ. Pr. XXV Ste. 439—492 (1842).
v. Löhr, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. Folge VII Ste. 105 fg. (1850).
Huschke, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. Folge IX Ste. 53 fg. (1851).
Göring, Jahrb. f. d. Dogm. XV. Ste. 137 fg. (1876).

Von Pandektenkompendien: Mühlenbruch, Doctr. Pandectarum, Mühlenbruch, Forts. v. Glück, Band 43, Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Dernburg, Arndts und Baron.

II.

Spezieller Teil.

1. Allgemeine erbrechtliche Vorbegriffe.

Bevor wir auf eine spezielle Darstellung der sogenannten transmissio Theodosiana näher eingehen, dürfte es zweckmässig sein, einige allgemeine erbrechtliche Grundbegriffe festzustellen.

Wenn eine Person, d. i. ein rechtsfähiges menschliches Wesen stirbt, so hinterlässt dieselbe ein Vermögen, einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, ein aktives und ein passives Vermögen. Diese Summe von Rechten und Verbindlichkeiten wird mit dem Augenblick des Todes seines bisherigen Subjekts Gegenstand des Erbrechts und als solcher Nachlass, nach altrömischem Civilrecht hereditas, nach prätorischem Recht bona genannt. Neben dieser objektiven Bedeutung des Wortes hereditas hat es noch eine subjektive und bezeichnet als solche die rechtliche Stellung derjenigen Person, die den Nachlass kraft ihres Rechts erworben hat.[1]) Dieses Recht leitet der Erbe entweder von einer gesetzlichen Bestimmung her, heres ab intestato, oder von der Willkür des Erblassers, heres testamentarius, d. h. der Erblasser hat ihn in einer letztwilligen Verfügung für berechtigt bezeichnet, seinen Nachlass zu übernehmen, alle vererblichen Rechte auszuüben und alle vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten so zu erfüllen, wie der Erblasser selbst; der Erbe ist deshalb loco defuncti, er setzt die Person des Erblassers in vermögensrechtlicher Hinsicht fort. Diese so begrenzte Berechtigung des Erben, des gesetzlichen sowohl, wie des gewillkürten, tritt regelmässig[2]) mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers ein und diesen Zeitpunkt nennt man den der Delation, d. h. dem Erben ist die rechtliche Möglichkeit eröffnet, die ihm angestorbene Erbportion durch einen Willensakt zu seinem Eigentum zu machen und dieser Akt heisst Acquisition oder auch Addition.[3]) Aber nicht

[1]) cf. l 62 Dig. de Reg. Juris: hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, que defunctus habuit.

[2]) Zeitpunkt der Delation ist regelmässig der Tod des Erblassers, jedenfalls nie früher, bisweilen aber später; es dürfen nämlich nicht Hindernisse vorliegen, die der Entstehung der gegenwärtigen Möglichkeit, Erbe zu werden, im Wege stehen; so z. B. bei bedingter Erbeinsetzung; dagegen wird die Delation nicht durch in der Person des Erben bestehende Erwerbshindernisse aufgehalten, wie Infantia, Inkapazität etc. Vgl. zu letzterem v. Vangerow a. a. O. Ste. 447.

[3]) cf. l 151 Dig. de Verb. signif.: delata est hereditas, quam quis adeundo possit consequi.

alle Personen bedürfen zum Erwerbe ihrer angefallenen Erbschaft einer besonderen Antrittserklärung oder eines gleichbedeutenden konkludenten Handelns, sondern eine Gattung, die sui heredes, das sind diejenigen Erben, die sich in der patria potestas des Erblassers befanden, erwerben die Erbschaft ipso iure. Delation und Acquisition fallen hier zusammen, d. h. es kommt hier gar nicht zu einer Delation in dem eben erörterten Sinne. Es hängt dies mit der patria potestas, der Grundidee der altrömischen familia zusammen; der suus ist mit dem Nachlasse seines parens gewissermassen verwachsen, er ist necessarius heres und wenn er die Erbschaft nicht will, muss er dies ausdrücklich erklären, er muss von seinem, durch prätorisches Edikt[1]) eingeführten beneficium abstinendi Gebrauch machen. Diesen Begriff des ipso iure-Erwerbs will Göring l. cit. auf alle Erben ausgedehnt sehen und er behauptet, die Idee des ipso jure-Erwerbs der Erbschaft liege allen Transmissionsfällen zu Grunde; auch nach Huschke a. a. O. beruht die transmissio Theodosiana auf der Fiktion, der honorierte Deszendent habe bereits erworben gehabt. Es ist hier nicht die Stelle, die Unrichtigkeit dieser Ansicht darzuthun, sondern es wird erst weiter unten darauf zurückzukommen sein.

Dieses Recht also aus der Delation ist ein höchstpersönliches, d. h. es steht und fällt mit dem berechtigten Subjekt und geht nicht wie andere Befugnisse als Nachlassbestandteil auf die Erben desselben über. Eine Ausnahme von dieser Regel bilden die Transmissionsfälle; durch sie ist der Delation der Charakter eines höchstpersönlichen Rechts genommen.

Es kann nun nicht Aufgabe dieser Abhandlung sein, zu untersuchen, welche von den vielen Transmissionsfällen genannten Singularitäten wirklich unter den Begriff einer successio in delationem passen, wir müssen uns vielmehr hier darauf beschränken, nachzuweisen, dass die transmissio Theodosiana eine solche wirkliche Ausnahme bildet, und zu versuchen, die mannigfachen bestehenden Streitfragen nach dem Stande der heutigen Wissenschaft näher zu beleuchten. Zu diesem Zwecke wird es erste Aufgabe sein, zu erforschen, welche Zustände und welche Rechtslage wohl die Kaiser bewogen haben mögen, durch ihre Konstitution so einschneidendes, singuläres Recht zu schaffen.

2. Historische Begründung.

Bekanntlich hat die unter Augustus in den Jahren 4 und 9 p. Ch. entstandene, unter dem Sammelnamen lex Julia et Papia Poppaea bekannte Gesetzgebung, teils zur Strafe durch Einführung der Inkapazität, teils nur zur Bereicherung des Fiskus durch den

[1]) cf. § 2 Inst. 2. 19.

Begriff der caduca und in causa caduci ausgedehnte Reformen des bestehenden römischen Erbrechts verursacht, deren Härten und keinerlei Verhältnissen Rechnung tragende Unbilligkeiten auf die Dauer nicht bestehen konnten.

Besonders hart und unabwendbar waren die Folgen der Beseitigung des Anwachsungsrechtes durch die uns in Ulp. frag. XVII 1 erhaltene Bestimmung, dass die Erbportion des ex parte eingesetzten Erben und des Legatars kaduk werden und von dem Fiskus in Anspruch genommen werden sollte, wenn derselbe vor Eröffnung des Testamentes (ante apertas tabulas) verstirbt. Aus dieser Bestimmung folgt doch wohl mit logischer Notwendigkeit, dass seit jenem Gesetze weder Erbschaften noch Vermächtnisse vor Eröffnung des Testaments erworben werden konnten,[1]) denn wenn eine Erbschaft oder ein Legat einmal erworben ist, kann von Kaduzität in diesem Sinne keine Rede mehr sein. Es ist nun ersichtlich, dass diese gesetzliche Bestimmung als ganz besonders hart und ungerecht dann erschien, wenn der eingesetzte Erbe oder Legatar ein Deszendent des Erblassers war und vor der Testamentseröffnung verstarb; es wurde dadurch der Deszendenz des Erblassers ein Vermögen entrissen, auf das sie infolge ihrer familienrechtlichen Beziehungen zum Erblasser ein vorzugsweises Recht hatte. Gegen diese offenbaren Härten bot auch das ius antiquum keinen genügenden Schutz; das ius antiquum, wie es in l. un § 1 b Cod. de cad. toll. genannt wird, war nämlich eine Ausnahmebestimmung von der eben erörterten l. J. et P. P., die darin bestand, dass für die Deszendenten und Aszendenten des Erblassers bis zum dritten Grade, wenn sie allein als Miterben eingesetzt waren,[2]) das seitherige Recht bestehen bleiben sollte, nämlich, wenn einer dieser coheredes wegfiel vor dem Erbschaftsantritt, so fiel seine Erbportion iure accrescendi den übrigen deszendentischen Miterben, bezw., wenn er Kinder hatte, diesen zu.[3]). Diese Ausnahme hinderte nun zwar in dem vorstehenden Falle die Kaduzität: waren die Deszendenten und Aszendenten bis zum dritten Grade jedoch mit extranei als Miterben eingesetzt, so waren sie wieder dem Gesetze unterworfen und ferner, selbst wenn sie allein eingesetzt waren, so blieb wohl die Erbportion des weggefallenen Miterben iure accrescendi der Verwandtschaft, allein für seine entferntere Nachkommenschaft war dessen Erbportion verloren. Es ist somit ein Zusammenhang unseres Gesetzes mit dem soeben erörterten Rechtszustand unleugbar begründet und es spricht sich dieser auch in dem Wortlaute des Gesetzes deutlich genug aus;

---

[1]) cf. l 3 Cod. de iure deliber. (VI. 30) l un § 5 Cod. de cad. toll. (VI. 50)

[2]) cf. l. un. § 1 b Cod. de cad. toll.: solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum.

[3]) Ulp. frag. XVIII, XXV § 17.

möglich sogar, dass, wie Huschke l. cit. meint, ein ganz prägnanter, bis an den kaiserlichen Gerichtshof gediehener Prozess direkt die Veranlassung zum Erlasse jener Konstitution gegeben hat; die ganze Fassung des Gesetzes, namentlich die Aufzählung der einzelnen Einwendungen nach Huschke a. a. O. lässt diesen Schluss zu. Huschke hat nämlich zuerst den Satz: nulla huiusmodi praescriptione obstante, der nach v. Löhr, in Zeitschrift für Civ. u. Pr. N. F. VII. Seite 107, »gar keinen Sinn hat,« zu erklären versucht, indem er ihn auf die Sätze:

licet non sint invicem substituti
seu cum extraneis seu soli sint instituti
et ante apertas tabulas defuncti
sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint

bezieht, den Ausdruck praescriptio allgemein mit Einwendung übersetzt und in den angeführten Sätzen die Einwendungen, die gegen die Anwendung der Transmission geltend gemacht wurden, erblickt, die von nun an jedoch nicht mehr gelten sollten. Es leuchtet ein, dass das bisher unerklärt gebliebene huiusmodi auf diese Weise seine einfache Erledigung findet und wir wollen nur mehr in Kürze untersuchen, ob dieser Erklärungsversuch grammatisch und logisch begründet erscheint. Die erste Satzperiode unserer Konstitution zerfällt unzweifelhaft in zwei Teile; in dem ersten wird den eingesetzten Deszendenten die Befugnis gegeben, ihre noch nicht erworbene Erbportion ungeachtet der mit licet . . . seu — seu . . . sive — sive . . . angeführten Einwendungen auf ihre Deszendenten zu transmittieren; der zweite Teil sodann spricht von dem Rechte dieser Deszendenten, diese transmittierte Erbschaft an sich zu bringen und zwar nulla huiusmodi praescriptione sibi obstante, ebenfalls »ohne dass ihnen eine derartige Einwendung entgegenstünde.« Beiden also, dem Transmittenten wie dem Transmissar, soll ein völlig einwandfreies Recht zustehen, die Erbportion zu transmittieren bezw. die transmittierte tamquam debitam zu vindizieren. In Ermangelung nun einer passenden Erklärung des Demonstrativpronomens huiusmodi nimmt Huschke für beide die gleichen Einwendungen an und bezieht letzteres auf obige Einwendungen. Allein, wenn diese grammatischen Ausführungen als feststehend angenommen werden dürfen, verliert Huschkes Erklärungsversuch seine ganze Wahrscheinlichkeit, denn es ist leicht ersichtlich, dass die oben angeführten Einwendungen zwar dem Transmittenten, aber nicht dem Transmissar entgegen gehalten werden können, abgesehen vielleicht von dem einen licet non sint invicem substituti, und auch das nur in der Voraussetzung, dass man mit Huschke a. a. O. Seite 64 invicem mit »nacheinander« übersetzt.[1]) Anderseits jedoch

[1]) Vgl. hiezu Caes. de bell. Gall. 8. 19; quum dispositis turmis invicem rari proeliarentur u. Liv. 1. 40: coerciti ab lictore et iussi invicem dicere, tandem obloqui desistunt, welche beide Stellen deutlich für Huschkes Uebersetzung sprechen.

pflegt das Demonstrativpronomen nicht leicht anders gebraucht zu werden als mit Beziehung auf etwas Vorhergehendes und Ausgesprochenes oder leicht zu Ergänzendes; eine andere praescriptio ist jedoch in unserer Verordnung nicht zu finden, als die oben angeführten. Nimmt man nun an, dass der Transmissar, was noch weiter unten nachgewiesen werden wird, den Transmittenten beerbt haben muss, beachtet man ferner, dass der Erbe loco defuncti ist, dass ihm alle Rechte des Erblassers, ausser den höchstpersönlichen, zustehen, also auch die prozessualen, als welche man doch wohl obige Einwendungen ansehen kann, so ist nicht mehr zweifelhaft, dass sich der Satz nulla huiusmodi praescriptione obstante auf die mehr erwähnten Einwendungen beziehen lässt, die dem Transmissar als Erben des Transmittenten, aus der Person desselben, entgegenstehen könnten. Auf diese Weise löst sich obige grammatische und logische scheinbare Schwierigkeit von selbst.

Nachdem wir nun gesehen haben, dass infolge des durch die l. Julia et P. P. geschaffenen Rechtszustandes ein Zusammenhang dieser lex mit unserer Konstitution als begründet zu erachten ist, wollen wir auf die wesentlichsten Streitfragen näher eingehen und dabei an geeigneter Stelle die dem Wortlaute des Gesetzes selbst entnommenen Gründe gegen die Annahme des eben erörterten geschichtlichen Zusammenhangs zu widerlegen versuchen.

3. Begriff der transmissio Theodosiana, seine Voraussetzungen und Folgen.

Wie schon in der Einleitung hervorgehoben wurde, ist eine sehr lebhaft erörterte Streitfrage der juristische Gesichtspunkt, von dem aus die Konstitution der Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III. zu betrachten sei. Bei Untersuchung dieser Frage ist es notwendig, einige andere streitige Punkte zu antizipieren, die teils Voraussetzungen, teils Folgen des festzustellenden Begriffes sind. Man hat insbesondere drei Gesichtspunkte aufgestellt, nämlich: den einer gesetzlichen Substitution[1]), den einer successio in delationem[2]) und den eines fingierten Erwerbs, bezw. ipso iure Erwerbs[3]).

Was vor allem die Verteidiger der Substitutionsidee anlangt, so stützen sie (vor allem v. Löhr) ihre Ansicht auf folgende Punkte: Der Begriff einer wirklichen Transmission setze geschehene Delation voraus, die aber zur Zeit des Theodos erst ab apertis tabulis stattgefunden habe; unsere Verordnung greife vielmehr schon dann Platz, wenn der instituierte Deszendent vor dem Erblasser gestorben sei; der Gesetzgeber habe die mangelnde Vorsicht des Erblassers, der

[1]) So nach Hugo's Vorgang bes. v. Löhr a. a. O. u. a.

[2]) So bes. v. Vangerow, Steppes, Löbenstern, Mühlenbruch u. die meisten neueren Lehrer des röm. Rechts.

[3]) Huschke a. a. O. u. zuletzt Göring, Jahrb. f. Dogm. cit.

im Falle vorherigen Todes des Institutus durch Substitution etwaigem Nachteile hätte vorbeugen können, durch seine Konstitution ergänzt; ein Zusammenhang unseres Gesetzes mit den Bestimmungen über die caduca sei nirgends angedeutet; der Ausdruck ante apertas tabulas sei nicht als technischer zu verstehen und ebensowenig könne auf den Ausdruck derelicta hereditaria portio viel Gewicht gelegt werden; unsere Verordnung könne auch nicht auf den Fall beschränkt werden, wo die Deszendenten Erben ihres eingesetzten Aszendenten geworden seien, denn unsere Konstitution weise mit keiner Silbe darauf hin; u. a. m.

Dies sind ungefähr die vorzüglichsten Einwände gegen den Begriff der Transmission und wir wollen nun im Folgenden die einzelnen Punkte einer näheren Betrachtung unterziehen.

a.

Die Behauptung, durch die lex Julia et Papia P. sei die Delation der Erbschaft auf den Zeitpunkt der Testamentseröffnung verschoben worden, stützt man auf eine Definition des Terentius Clemens in seinem Kommentar zur l. Julia (frag. 151 Dig. 50. 16), welche lautet: Delata hereditas intelligitur, quam quis adeundo possit consequi. Man schliesst nun folgendermassen: Deferiert sei eine hereditas erst dann, wenn man sie durch Antretung erwerben könne; antreten aber könne man eine Erbschaft seit dem Papischen Gesetze erst nach Eröffnung des Testaments; folglich sei die Erbschaft auch erst von diesem Zeitpunkte an deferiert. So weit wäre der Schluss ganz richtig, wenn es wahr wäre, dass obige Definition behaupte, von Delation könne erst dann die Rede sein, wenn die Erbschaft faktisch angetreten werden könne, wenn jedes Erwerbshindernis auch den Eintritt der Delation hinausschiebe; wir haben vielmehr oben gesehen, dass die Delation die rechtliche Anwartschaft auf die Erbschaft begründet, dass sie ein regelmässig mit dem Tode des Erblassers entstehender Nexus zwischen dem Erben und der Erbschaft ist, der nicht durch ein momentanes, faktisches Antretungshindernis, das entweder in der Person des Erben oder durch Gesetz begründet ist, unterbrochen werden kann; dagegen ist sie nicht die Möglichkeit faktischen Antritts, wie die Gegner aus obiger Definition heraus interpretieren wollen. Die Bestimmung der lex Julia et Papia Poppaea nun ist ein solches faktisches Antretungshindernis, das aber weder das Wesen noch den Zeitpunkt der Delation zu irritieren vermag; sie ist nach Ulp. XVII. 1 keine den Eintritt der Delation hindernde, sondern nur eine die incapacitas des Erben begründende und dass Inkapazität für den Eintritt der Delation belanglos ist, darauf ist schon eingangs dieses hingewiesen. Auch Lauterbach in diss. de transm. hered. non acquisitae § 23 sagt: »illa enim recte et proprie dicitur delata hereditas, quae vel potentia

adiri vel repudiari potest, licet ex parte heredis scripti aliquid impediat, quominus adiri possit; et ut aliqua delata dicatur, magis ex qualitate hereditatis, quam eius, cui defertur, aestimari solet.«[1]) Ein anderer sehr wesentlicher Grund für die Annahme, dass die römischen Juristen selbst nicht den Zeitpunkt der Delation durch die Bestimmung der lex Julia für irritiert hielten, ist ihre Ansicht über die testamenti factio passiva.[2]) Diese musste bekanntlich zur Zeit der Testamentserrichtung, zur Zeit der Delation und von da ununterbrochen bis zum Erbschaftserwerb gegeben sein.

Wäre nun die Delation durch die lex J. et P. P. auf die Zeit der Testamentseröffnung verschoben worden, so hätten sie doch dieses Falles erwähnen müssen und hätten nicht, wie es thatsächlich geschehen,[3]) den Zeitpunkt des Todes des Erblassers oder den der condicio existens als für die testamenti factio passiva massgebend erklären dürfen. Man könnte vielmehr mit v. Vangerow a. a. O. die Delation als Voraussetzung und Erfordernis der Kaduzität betrachten; denn caduc bedeutet entfallen, entziehen; von einem entziehen kann man jedoch erst dann reden, wenn eine Person vorhanden ist, der etwas entzogen werden soll, wenn ein Nexus vorhanden ist, der bereits ein Anrecht auf das zu Entziehende gewährt und dieser Nexus ist gerade die Delation, der Delat die zu benachteiligende Person.[4]) Es wird auch nicht mehr im Ernste gegen die hier verteidigte Ansicht gestritten; v. Löhr, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. VII Seite 113 »kann sich zwar von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugen«, allein einen direkten Gegenbeweis versucht er nicht. Er argumentiert vielmehr folgendermassen: Unsere Verordnung gelte auch für Vermächtnisse; nun gehe aber aus Ulp. XXIV. 31 und aus l. un. § 1 Cod. de cad. toll. hervor, dass bei Legaten und Vermächtnissen der dies cedens auf die Zeit der Testamentseröffnung hinausgeschoben sei, folglich könne Delation nicht Voraussetzung für Anwendung unserer Verordnung sein, »da die Fragen: quando hereditas delata est? und: quando dies legati cedit regelmässig ganz gleich beantwortet werden müssten«.[5]) Diese Beweisführung verkennt jedoch vollkommen die grundsätzlichen Verschiedenheiten zwischen der Delation und dem dies legati cedens und l. un. § 1 Cod. 6. 51, den man für die gegnerische Ansicht geltend macht, beweist m. E. gar nichts. Dass die l. Jul. et P. P. den dies cedens auf die Testamentseröffnung verschoben hat, ist ganz natürlich, denn der dies cedens begründet zwar kein Anrecht auf das

---

[1]) cf. v. Vangerow l. cit. Seite 448.
[2]) cf. denselben Seite 450.
[3]) cf. Florentin l 49 § 1 Dig. 28. 5 u. Celsius l 59 § 4 eodem.
[4]) cf. Ulp. XVII. 1. quod quis sibi testamento relictum, ..., aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo . . . . .
[5]) So wörtlich v. Vangerow a. a. O. Seite 447.

Vermächtnis, sondern nur eine spes und zwar eine vererbliche[1]); wenn nun die l. Julia den Eintritt dieser spes nicht verschob, wurden ja die Vermächtnisnehmer von ihrer Bestimmung über Kaduzität nicht getroffen, hätten somit, selbst wenn sie vor der Testamentseröffnung gestorben wären, diese ihre spes ungeachtet der lex Julia auf ihre Erben vererbt, wären also vor den eingesetzten Erben im Vorzug gewesen, denn die Delation ist im Gegensatze zum dies cedens höchstpersönlich und unvererblich, der Delat und seine Deszendenten wurden somit von der l. Julia betroffen, auch wenn der Eintritt der Delation nicht von der Testamentseröffnung abhängig war. Es hängt somit die Hinausschiebung des Zeitpunktes des dies legati cedens, als eines eine vererbliche spes begründenden, auf die Testamentseröffnung mit der Tendenz der l. Julia, die Fälle der Kaduzität zu vermehren, zusammen, was jedoch für die Delation völlig unnötig war. Dieser grundsätzliche Unterschied dürfte geeignet sein, darzuthun, dass man nicht eine Bestimmung, die für den dies legati cedens gilt, ohne weiteres auch auf die Delation ausdehnen darf, lediglich einiger äusserlicher Aehnlichkeiten wegen.

Es ist somit als erwiesen anzusehen, dass die lex Julia et Papia Poppaea weder an dem Begriffe, noch an dem Zeitpunkt der Delation etwas geändert hat.[2])

b.

Neben der soeben widerlegten Behauptung, die Geltung der Theodosischen Verordnung sei nicht bedingt durch die bereits erfolgte Delation der portio hereditaria, stützt man die Idee einer gesetzlichen Substitution auch noch auf den Inhalt der Verordnung selbst und besonders ist es der seither als Voraussetzung des Eintritts unseres Gesetzes bezeichnete Satz: licet non sint invicem substituti et ante apertas tabulas defuncti, den man zum Beweise für den Begriff einer gesetzlichen Substitution gegen den einer successio in delationem ins Feld führt. Ich habe nicht ohne Grund den Satz et ante apertas tabulas defuncti mit licet non sint invicem substituti zusammengestellt, während beide in der Konstitution selbst, wie sie uns in der Kompilation Justinians vor die Augen tritt, durch den Satz seu cum extraneis seu soli sint instituti getrennt sind; allein es ist gerade ein Hauptargument der Gegner, diesen Satz mit et ante . . . . gegen jede Regel des Satzbaues mit dem mit licet non etc. zu verbinden. Welchen Grund aber könnte man für eine so willkürliche, sprachlich harte und inkorrekte Auseinanderreissung zweier zusammengehöriger Sätze anführen? Der einzige dafür angezogene Grund ist der, der Satz mit seu — seu sei ein

[1]) l 5 pr. l 7 Dig. 36. 2.
[2]) cf. Löbenstern a. a. O. Ste. 201.

Untergedanke des mit licet non eingeleiteten; allein wenn man mit Huschke a. a. O. diese Sätze als Einwendungen gegen die Zulassung der Transmission ansieht, so ist es klar, dass sämtliche selbständige, koordinierte Sätze sind und dass eine solche vermutete Trennung inhaltlich verbundener Sätze dem Sprachgeiste widerspricht. Wenn wir nun, wie wir oben gesehen, der Vermutung Raum geben können, unsere Verordnung sei durch einen bis vor den Kaiser gelangten Prozess, der so recht drastisch die Härten der lex Julia et P. P. vor Augen führte, veranlasst worden, so gewinnen die erwähnten Einwendungen ungefähr folgende Gestalt: Die Widersacher des auf Transmission der hereditaria portio antragenden Deszendenten führten zu ihren Gunsten an, Kläger sei ja nicht substituiert, sein praedefunctus parens sei ferner nicht allein, sondern mit Fremden[1]) eingesetzt, habe sogar (möglicher Weise) von der erfolgten Einsetzung als heres pro parte oder Legatar gar nichts erfahren, da er ja vor Eröffnung des Testaments gestorben sei; diesen Einwendungen für die Folge die Spitze abzubrechen, verordneten die Kaiser die Zulässigkeit der Transmission der vermachten Erbportion auf die Deszendenten der eingesetzten Deszendenten, mögen sie auch nicht »nacheinander«[2]) substituiert, mögen sie gleichwohl mit Fremden eingesetzt (und infolge dessen auf das ius antiquum in caducis keinen Anspruch erheben können)[3]) und vor der Testamentseröffnung verstorben sein, so dass sie vielleicht von ihrer Einsetzung gar nichts in Erfahrung gebracht haben. Wenn wir nun die Sache so betrachten, so kann ich keinerlei Grund finden für die behauptete Trennung des Satzes et ante apertas etc. von dem mit licet non und kann deshalb auch die Uebersetzung, »selbst alsdann« wenn der Instituierte vor der Testamentseröffnung verstorben ist, um wie viel mehr nachher greife unsere Verordnung Platz, nicht billigen.[4]) Im übrigen wird hierauf noch zurückzukommen sein, hier jedoch nur auf den Wortlaut der Verordnung selbst Bezug genommen werden.

Was nun die juristische Erklärung des Satzes et ante apertas tabulas defuncti anlangt, so behauptet man auf gegnerischer Seite, auch vor dem Tode des Erblassers seien die tabulae non apertae, eine technische Bedeutung komme denselben nicht zu und deshalb erleide unser Gesetz auch dann Anwendung, wenn der instituierte Deszendent vor dem Erblasser versterbe; damit sei übrigens auch

---

[1]) Unter extranei sind hier nicht nur gänzlich Fremde, d. h. solche, die keinerlei verwandtschaftliches Band mit dem Erblasser verknüpft, zu verstehen, sondern auch solche Verwandte ultra tertium gradum; der Ausdruck bezeichnet hier nicht den Gegensatz zum suus, den ja unsere Verordnung nicht trifft, sondern er ist mit Bezug auf das den Deszendenten und Aszendenten bis zum dritten Grade belassene Accrescenzrecht gebraucht.

[2]) cf. Huschke a. a. O. u. oben Seite 9 Note 1.

[3]) cf. die Note 2 Seite 8 u. diese selbst.

[4]) Vgl. Windscheid § 600 Note 8.

ganz gut die Idee einer gesetzlichen Substitution vereinbar, worauf überdies schon der Wortlaut des Gesetzes: licet non sint invicem substituti hinweise.

Die Unhaltbarkeit dieser Argumentation soll jetzt nachzuweisen versucht und besonders auf die Erklärungsmöglichkeiten des letzten Satzes und seine Bedeutung näher eingegangen werden. Unzweifelhaft unbegründet ist doch wohl die erste Behauptung; wie sollten auch die Kaiser dazu kommen, sich eines Ausdruckes zu bedienen, der mindestens die berechtigtsten Zweifel darüber, was sie damit besagen wollten, hervorzurufen geeignet ist; wenn sie die Zeit vor dem Tode des Erblassers bezeichnen wollten, so hatten sie gewiss andere Ausdrücke und es ist auch nirgends diese Zeit mit diesen Worten bezeichnet.[1]) Zudem ist der Ausdruck tabulas oder testamenta aperire quellenmässig ein technischer, was die Rubrik des dritten Titels in Buch 29 der Digesten[2]) u. a. ausdrücklich bezeugt; von einer Testamentseröffnung kann doch sicher erst nach dem Tode des Erblassers gesprochen werden und es ist offenbar, dass die Kaiser auch nur an diesen gedacht haben; es geht dies auch ferner aus den Worten des Kap. 45 der lex J. et P. P. hervor, indem es heisst: hereditatem tabulis testamenti apertis demum adire liceto. Ausserdem spricht auch Form und Inhalt unserer Verordnung vollständig gegen diese Ausdehnung; es heisst nämlich da ausdrücklich: eingesetzte Deszendenten hätten die Befugnis, die ihnen von ihrem Aszendenten hinterlassene Erbportion auf ihre Kinder zu übertragen, so zwar, dass diese Kinder die transmittierte Erbschaft kraft des Rechtes ihres Vaters an sich bringen können. Wollte man nun die Verordnung schon für die Zeit vor dem Tode des Erblassers gelten lassen, so könnte doch sicherlich nicht von einem Rechte der Instituierten die Rede sein, da ein solches ja noch gar nicht bestehen konnte, denn der Instituierte konnte ja noch die testamenti factio passiva verlieren; die Kinder würden somit nicht kraft des Rechtes ihres Vaters, sondern kraft eignen Rechtes die hinterlassene Erbportion erwerben können und das widerspricht vollkommen der klaren Absicht der Gesetzgeber sowie auch diese Erörterung gegen die Idee einer gesetzlichen Substitution sprechen dürfte. Auch die Wahl des Wortes derelicta und die präzise, keinen Zweifel zulassende Ausdrucksweise der Rubrik unserer Verordnung dienen zum Beweise, dass der bereits erfolgte Tod des Erblassers Bedingung ist für den Eintritt unseres Gesetzes; Huschke l. cit. legt mit vollem Recht auf das derelicta den Schwerpunkt seiner Beweisführung und es ist kein Zweifel, dass die Verstärkung von relinquere in derelinquere ein vollständiges Lostrennen der Erbportion von dem

---

[1]) cf. Löbenstern, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX. Seite 203.
[2]) Tit. Dig: testamenta quemadmodum aperiantur.

Erblasser ausdrückt, somit dessen Tod voraussetzt.[1]) Solange der Erblasser noch lebt, ist die portio zwar scripta d. h. für den ausersehenen Erben bestimmt, derelicta aber wird sie erst mit dem Tode des Erblassers; derelicta bedeutet dasselbe wie unser deutsches Wort »Verlassenschaft« und ebensowenig wie bei diesem kann man auch jenes von einem Vermögen zu Lebzeiten seines Eigentümers gebrauchen. v. Löhr a. a. O. bezweifelt allerdings, dass man »an einem Worte in einem Gesetze vom Jahre 450 so strenge kleben könne«, allein ich traue wie oben, so auch hier, den Kaisern nicht den Leichtsinn zu, in einem Gesetze durch Wahl von Worten, deren Bedeutung im Sprachgebrauch jener Zeit nicht ganz feststand, Anlass zu Zweifeln gegeben zu haben; und der Sprachgebrauch jener Zeit war keineswegs schon so sehr verdorben, wie ihn v. Löhr hinzustellen scheint. Den aus der präzisen Titelüberschrift hergeleiteten Beweis, de his qui . . . . ante apertas tabulas transmittunt, sucht Huschke a. a. O. dadurch zu entkräften, dass er annimmt, dieselbe könne durch eine Texteskorruption entstanden sein. Abgesehen davon, dass auf diesen Punkt zum Beweise für die Beschränkung der theod. transmissio auf die Zeit nach dem Tode des Erblassers kein grosses Gewicht zu legen ist, kann ich mich dieser Ansicht aus dem Grunde nicht anschliessen, weil ich, wie noch näher zu erörtern sein wird, die von Huschke aus seiner Titeländerung gezogene Konsequenz nicht ganz zu billigen vermag. Ein weiterer Beweis dafür, dass unser Gesetz durch den bereits erfolgten Tod des Erblassers bedingt ist, dürfte aus l. un. § 3 bis 5 Cod. de cad. toll. hervorgehen; § 5 l. cit. spricht in novissimo autem articulo ausschliesslich davon, ubi proprie caduca fiebant, nachdem in den beiden vorausgehenden §§ von dem, was pro non scripto galt, bezw. in causa caduci war, gehandelt wurde; und gerade im Anschluss an § 5 wird der Theodosiana lex erwähnt im Hinweis auf die vorhergehenden caduca.

Des anderen soll aus dem Satze licet non sint invicem substituti hervorgehen, dass die Kaiser eine gesetzliche Substitution hätten anordnen wollen, um die mangelnde Vorsicht des Testators zu ergänzen, der durch eine wirkliche Substitution etwaigem, durch den Wegfall des Erben verursachten Nachteile hätte vorbeugen können. Diese Beweisführung erscheint jedoch von vornherein hinfällig, wenn man diesen Satz als einen der vielen Einwände, die gegen die Zulässigkeit der Transmission gemacht zu werden pflegten, ansieht und es ist auch andernfalls keine notwendige Konsequenz daraus, dass die Testatoren durch Substitutionen den allenfallsigen Wegfall des Institutus unschädlich zu machen pflegten, wenn man

[1]) cf. l 3 Th. C. de incest. nupt. (3. 12) l 34 Dig. de bonis libert. (38. 2), in denen der Ausdruck derelinquere den Tod des Erblassers voraussetzt.

obigen Satz, wie bis auf Huschke immer geschehen, als Bedingung für den Eintritt unserer Verordnung aufstellt. Obiger Satz hat meiner Ansicht nach folgenden Sinn: Zur Abwendung der Kaduzität konnten die Testatoren die coheredes instituti gegenseitig substituieren bezw. diesen ihre Kinder; hatten sie dieses nun unterlassen, so bestimmten die Kaiser, so sollen dennoch die Kinder der Instituierten die Erbportion ihres vor dem Erwerb weggefallenen parens erwerben können, ohne dass es einen Unterschied begründen solle, ob sie ihnen substituiert seien oder nicht, und zwar »ne fraudentur avita successione fortuitas ob causas vel casus humanos.« Dass sie jedoch eine gesetzliche Substitution hätten anordnen wollen, kann doch sicher nicht durch diesen einen Satz bewiesen werden.

c.

Als weiteren Beweis für die Annahme einer gesetzlichen Substitution gegen die einer successio in delationem führt man folgendes an: Die Transmissionsfälle seien lediglich Ausnahmen von dem Grundsatze: hereditas nondum adita non transmittitur ad heredis heredes; die Anwendung unserer Verordnung setze aber nicht voraus, dass der Deszendent seinen praedefunctus parens beerbt haben müsse, es sei also auch aus diesem Grunde an einen wirklichen Transmissionsfall nicht zu denken. Bei dieser Frage ist zu verwundern, dass selbst Vertreter der Transmissionsidee dieses Erfordernis bestreiten[1]), was meiner Ansicht nach v. Löhr a. a. O. mit Recht eine Inkonsequenz nennt. Es ist vor allem ein grammatischer Streit, der auch hier wieder zu Tage tritt; so bestreitet man, dass der Satz unserer Konstitution si tamen hereditatem non recusant sich auf die Erbschaft des instituierten Deszendenten beziehe, vielmehr die vorhergehende hereditaria portio damit gemeint sei. Dieser grammatische Streit kommt mir, offen gestanden, als ziemlich müssig vor, denn dieses gesuchte Hervorheben dieses Satzes an dieser Stelle, dieses absichtliche Setzen des Wortes hereditatem statt eines einfachen eam, das hier klar hervortretende Gegenüberstellen der kurz vorhergehenden portio hereditaria und der nachfolgenden hereditas lassen sprachlich nicht den geringsten Zweifel zu, dass mit beiden Ausdrücken Verschiedenes gemeint ist.[2]) Welch andere Bedeutung hätte es auch, das Subjekt memoratasque personas von seinem Prädikate zu trennen, wenn nicht die, den zwischen hineingeschobenen Satz besonders hervorzuheben, ihn als eine Bedingung

[1]) cf. bes. v. Vangerow l. cit.

[2]) Damit ist keineswegs gesagt, dass die Ausdrücke hereditas und portio hereditaria prinzipielle Gegensätze bezeichnen müssten, vielmehr soll nur damit bewiesen werden, dass an dieser Stelle unserer Konstitution beide Verschiedenes bedeuten müssen, wenn wir die Stelle streng sprachlich betrachten; es soll damit also nicht gesagt werden, dass nicht beide Ausdrücke auch Gleiches bedeuten können.

des posse vindicare zu setzen; welchen andern Wert hätte auch das beigefügte »tamen«, wenn damit nichts weiter gesagt werden sollte als: vorausgesetzt, dass sie die hereditaria portio überhaupt wollen. Gerade auf das »tamen« ist meiner Ansicht nach bisher zu wenig Gewicht gelegt worden; dies Wörtchen soll zweifellos eine Bedingung setzen und eine solche kann doch die selbstverständliche Bestimmung, dass man eine zu transmittierende Erbschaft auch ausschlagen könne, gewiss nicht sein. Wenn man wirklich, wie es die Gegner thun, diesen Satz in diesem Sinne auffassen wollte, so müsste man unwillkürlich auf den Gedanken kommen, der Transmissar erwerbe im allgemeinen mit Notwendigkeit die hereditaria portio und nur bei der Theodosiana sei ihm ein Ausschlagungsrecht gegeben. Wenn die Kaiser damit hätten sagen wollen, dass der Transmissar auch ausschlagen könne, hätten sie es sicher nicht mit dieser Ausdrücklichkeit zu thun brauchen, zudem es ja selbstverständlich ist, dass man ein Recht nicht notwendig ausüben muss. Zudem wäre es eine unerträgliche Tautologie, wenn die Befugnis zur Vindikation der hereditaria portio als einer debita davon abhängig gemacht wäre, dass diese hereditaria portio nicht ausgeschlagen wird. Ausserdem spricht Justinian's Constitutio de caducis tollendis § 13 in Verbindung mit § 5 deutlich genug dafür, dass wir es bei der theodosischen lex mit einer Ausnahme von der Regel hereditas nondum adita non transmittitur ad heredis heredes zu thun haben. § 5 lautet nämlich: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus theodosiana lex . . . . . loquitur etc. Es ist nun zweifellos, dass hier auf unsere Verordnung hingewiesen wird; mit Bezugnahme auf § 5 sagt nun § 13: Cum autem in superiore parte legis (§ 5) non aditam hereditatem minime . . . . . ad heredes transmitti disposuimus etc. . . . . .

Es dürfte somit sowohl aus sprachlichen als auch aus sachlichen Gründen und auch nicht zum mindesten aus den zuletzt angezogenen Stellen nichts der Behauptung im Wege stehen, dass der Transmissar den Transmittenten beerbt haben muss.

d.

Eine andere Streitfrage, die nicht sowohl von den Anhängern der Substitutionsidee,[1]) als auch von denen, die einen ipso iure Erwerb,[2]) und von denen, die eine wirkliche Transmission[3]) in unserer Verordnung erblicken, mit dem gleichen Resultate erörtert wird, ist die, ob unser Gesetz auch dann platzgreife, wenn der eingesetzte

[1]) Unter diesen v. Löhr a. a. O.; dagegen v. Buchholz a. a. O., Marezoll u. a.
[2]) besonders Huschke a. a. O.
[3]) So Niemeyer, l. cit. § 23; Löbenstern, l. cit. Seite 208; Mühlenbruch, doctr. Pand. § 705.

Descendent post apertas tabulas, aber vor dem Erbschaftsantritt verstorben sei. Die in den Noten angeführten Rechtslehrer bejahen diese Frage, teils weil sie den oben sub b) erörterten Satz »et ante apertas tabulas defuncti« mit »licet« in Verbindung bringen und somit argumentieren, sogar wenn der eingesetzte Deszendent vor Eröffnung des Testaments gestorben sei, finde unser Gesetz Anwendung, um wie viel mehr also, wenn er nach Eröffnung, ohne erworben zu haben, wegfalle; teils weil sie den Ausdruck »ante apertas tabulas« für identisch halten mit: vor geschehener Delation, teils weil sie den historischen Zusammenhang unserer Konstitution mit der lex Julia et P. P. leugnen. Die beiden ersten Punkte nun sind bereits erörtert, und es ist deshalb ihre Behauptung, wenigstens soweit sie auf diese Gründe gestützt wird, zurückzuweisen. Was den letzteren Punkt anlangt, so bestreitet man vor allem die Beweiskraft des § 5 der l. un. C. de cad. toll.; dort wird als dritter Punkt der caduca gedacht; im unmittelbaren Zusammenhang damit der schon erwähnte Grundsatz ausgesprochen, dass eine nicht erworbene Erbschaft nicht auf die Erbeserben übergehen könne: exceptis videlicet .... personis, de quibus th. lex super huiusmodi casibus inducta loquitur; dieser Ausdruck aber: huiusmodi casibus inducta, weist doch unbedingt auf das vorhergehende hin, von dem die Verordnung des Theodos eine Ausnahme bilden solle. Aus diesem Grunde also den Zusammenhang mit der l. J. zu bestreiten, ist sicherlich nicht stichhaltig. Aus welchem andern Anlasse aber auch sollten die Kaiser eine so singuläre Rechtsvorschrift erlassen haben, als aus dem Grunde, dass die lex Julia et P. P. durch ihre unbilligen, aus fiskalischen Gründen erlassenen Bestimmungen unbillige Härten verursacht hat! Jene ganze Gesetzgebung war zum grossen Teil der Finanz- und Bevölkerungspolitik entwachsen, durch vorübergehende Zustände veranlasst und musste mit veränderten Verhältnissen wieder aufgehoben werden. Aber auch innere Gründe sprechen gegen eine bedingungslose Ausdehnung des Geltungsbereichs unserer Verordnung auf die Zeit post apertas tabulas; wenn nämlich, was mit Grund nicht mehr bezweifelt werden kann, die theodosische Verordnung die Verhinderung der Kaduzität bezweckte, so ist doch gewiss, dass die Kaiser nicht den Leichtsinn des eingesetzten Erben unterstützen wollten; wenn der Erbe nach der Testamentseröffnung nicht antrat, so hatte er entweder ein Bedenken gegen die Erbschaft, und dies kam dann auch seinen Erben zu statten, oder aber es war Nachlässigkeit, culpa lata, und eine solche zu unterstützen kann nicht Zweck der Gesetzgebung sein. Uebrigens ist der Grund der Verordnung in dieser selbst deutlich genug ausgesprochen; es heisst dort ausdrücklich, dass nur ein Schutz gegen »fortuitae causae vel casus humani« gewährt werden soll, nicht aber gegen den Leichtsinn des Erben. Ein Punkt jedoch verdient bei dieser Frage noch ein-

gehenderer Beachtung; es ist dies nämlich der Fall, wo der Berufene zwar die Testamentseröffnung überlebt, von seiner Einsetzung jedoch nichts erfahren hat; auch auf diesen Fall wird unsere Verordnung zu beziehen sein, denn der Satz: sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, spricht augenscheinlich zu Gunsten dieser Ausdehnung, jedoch wird die Ausnahme gestattet sein, dass unsere Verordnung nur subsidiär, d. h. nur dann einzutreten hat, wenn den Deszendenten bezw. ihrem praedefunctus parens das Rechtsmittel der in integrum restitutio ex iusta causa absentiae und hieraus die transmissio ex capite in integrum restitutionis nicht zur Seite stand.

Aus all dem ist ersichtlich, dass für Annahme einer gesetzlichen Substitution kein stichhaltiger Grund vorhanden ist; es erübrigt sonach nur noch, das Wesen der theodosischen Verordnung im Rahmen der im vorhergehenden gezogenen Grenzen und Voraussetzungen genauer festzustellen und dabei auch die Idee bereits geschehenen Erwerbes, die nach Einigen unserm Gesetze zu Grunde liegen soll, einer kurzen Prüfung zu unterziehen.

Unsere Verordnung gibt dem eingesetzten Deszendenten die Befugnis, sein Antretungsrecht als Bestandteil seines Nachlasses auf seine Deszendenten zu übertragen, falls er durch seinen ante apertas tabulas erfolgten Tod nicht in der Lage war, selbst davon Gebrauch zu machen; dessen Deszendenten hinwieder erwerben dieses zu dem aszendentischen Nachlasse gehörige Recht wie jedes andere in demselben befindliche Recht selbstredend nur, wenn sie Erben ihres Aszendenten werden. Es ist hier das regelmässig unvererbliche Recht aus der Delation seines höchstpersönlichen Charakters entkleidet und wie ein anderes obligatorisches Rechtsverhältnis behandelt, so dass der Erbe seines Erblassers Erbportion tanquam debitam auf dem Klagewege in Anspruch nehmen kann. Dies besagen, meiner Ansicht nach, die Worte tanquam debitam, denn der Ausdruck debitam ist ein vorzugsweise dem Obligationenrecht angehöriger, und es sollte deshalb damit ausgedrückt werden, das Recht aus der Delation soll geltend gemacht werden, wie ein obligatorisches. Sonach ist auch ersichtlich, dass diese Ausdrucksweise kein Argument für die Idee des ipso iure bezw. fingierten Erwerbs abgeben kann; denn wenn die Erbportion als schon erworben angesehen werden soll, ist sie zweifellos nicht tanquam debita, sondern tanquam quaesita. Höchstens könnte die Wahl des Wortes vindicare einen scheinbaren Beweis abgeben, da vindicare nur von Sachen gebraucht wird, die uns bereits gehören; allein es stimmt schon die Zusammenstellung mit debitam nicht mit der technischen Bedeutung des vindicare überein, und dann enthält das Wort zweifellos einen Hinweis auf die caduci vindicatio des Fiskus,[1]) mit dem die Kaiser

[1]) cf. v. Vangerow a. a. O.

sagen zu wollen scheinen, statt dass, wie bisher, der Fiskus die portio hereditaria caduca vindizierte, sollen es von nun an die Kinder des eingesetzten Deszendenten. Ueberdies drücken sich dieselben Kaiser viel deutlicher aus, wenn sie an eine Fiktion geschehenen Erwerbs denken.[1]) Am weitestgehenden ist die nach Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 600 Note *, »sehr eigentümliche« Ansicht Görings, die in einer Abhandlung in den Jahrb. für Dogm. des Privatrechts, Band XV, Seite 138 flg., ausgesprochen ist, wonach allen Transmissionsfällen der Gedanke zu Grunde liegen soll, jeder Erbe erwerbe, wie bislang nur der suus et necessarius heres, die Erbschaft ipso iure, mit dem Augenblicke des Todes des Erblassers, mit Rechtsnotwendigkeit. Von einer successio in delationem könne keine Rede sein, denn die Delation sei eine von rechtswegen erfolgende Offerte, aus der logisch ein Dritter ebensowenig erwerben könne, als aus der Vertragsofferte ein anderer als der Oblat. Auf die Frage, ob die Delation eine Offerte sei, näher einzugehen, würde zu weit führen und die Grenze vorstehender Abhandlung überschreiten; aber selbst das angenommen, so kann doch bezweifelt werden, ob wir dadurch gezwungen werden, den ipso iure Erwerb als Grundlage der Transmissionsfälle anzunehmen. Auch Göring hält die Vererblichkeit des Erbanfalls für das wesentliche, den Transmissionsfällen innewohnende Prinzip, allein er kann in dem Begriffe der successio in delationem keine hinreichende juristische Erklärung für dasselbe finden. Er argumentiert deshalb, zur Möglichkeit der Transmission müsse schon eine »rechtliche Beziehung des (Erben) Transmittenten zur Erbschaft bestanden haben, und diese müsse »so stark und derart sein, dass sie den Uebergang juristisch zu erklären vermöge«; diese rechtliche Beziehung könne nur das Eigentum des Transmittenten an der zu transmittierenden Erbschaft sein. Allein, wie wir oben gesehen haben, hat die Delation durch Aufhebung ihrer Unvererblichkeit denselben Charakter angenommen, wie jedes in einem Nachlasse befindliche obligatorische Recht; ebenso nun, wie der Erbe die übrigen zum Nachlasse gehörigen Rechte geltend machen kann und Verbindlichkeiten zu erfüllen hat, so auch das Recht aus der Delation; ebensowenig wie z. B. bei einem noch nicht erfüllten Kaufkontrakt, der Nachlassbestandteil geworden ist, die Erfüllung fingiert zu werden braucht, so auch bei dem Rechte aus der Delation der Erwerb der Erbschaft. Ausserdem bestehen auch noch im justinianeischen Rechte die Grundsätze über Suität unverändert fort, und bei dem Erbschaftserwerb unterscheidet man immer noch zwischen dem suus und extraneus,[2]) was gewiss

[1]) cf. l. 18 § 1 Cod. 6. 30, wo sie im Falle der transmissio ex capite infantiae sagen: omnia iure patrio quasi iam infanti quaesita capere.

[2]) cf. l 3 § 4 Dig. de hered. inst. (28. 5): aperturae tabularum dilatio necessarii heredis ius non mutat.

nicht der Fall wäre, wenn die Kaiser für alle Erben einen ipso iure Erwerb hätten einführen wollen. Es steht sonach dem Begriffe einer successio in delationem kein Argument im Wege.

4.

Es erübrigt nun noch, über einige weitere mehr oder minder wichtige Streitpunkte kurze Erörterungen anzuschliessen. So ist besonders auch die Frage streitig, ob unsere Verordnung sich nur auf Testamentserben erstrecke oder auch für Intestaterben Geltung habe. Ausgehend von der historischen Grundlage derselben ist es für zweifellos zu halten, dass nur Testamentserben von der transmissio Theodosiana wirklichen Vorteil haben können, während für eine Ausdehnung auf die Intestaterben ebensowenig Grund vorliegt wie für unbedingte Ausdehnung auf die Zeit nach der Testaments-eröffnung. Nur die Testamentserben waren durch die lex caducaria bedroht, während die Intestaterben nach wie vor derselben sofort antreten konnten. Ist aber nicht wenigstens zu Justinians Zeit eine solche Ausdehnung am Platze? Meiner Ansicht nach nicht, denn eben dadurch, dass Justinian eine eigene umfassende Transmission einführte, dabei die Theodosische ausdrücklich bestätigte, scheint erwiesen zu werden, dass die testamentarischen Erben propter avitum desiderium begünstigt werden sollen. Nach Justinian hatten ja auch die Intestaterben während eines Jahres seit der Wissenschaft von dem Erbanfall ein Transmissionsrecht und es ist keineswegs unbillig, die Testamentserben in eine vorzüglichere Lage zu versetzen, denn gerade der Umstand, dass der Erblasser ein Testament errichtete, lässt eine Bevorzugung vermuten, indem er dadurch genau bestimmen konnte, was dem einen und was dem andern der Erben zufallen solle; jedes Testament lässt im Zweifel immer eine Bevorzugung vermuten und ich kann mich hier der Ansicht Löbenstern's a. a. O. Seite 213 nicht anschliessen, wonach eine Bevorzugung der Testamentserben der ratio legis zuwiderlaufe.

Eine andere Frage ist die, ob unsere Verordnung auch für den suus heres gelte; selbstredend wird diese von den Anhängern der Substitutionsidee bejaht, da sie nicht den Tod des Erblassers vor dem des institutus verlangen und da sie die Delation auf die Zeit der Testamentseröffnung verschoben behaupten. Allein da, wie wir bereits gesehen haben, die Delation auch nach der lex caducaria schon mit des Erblassers Tode erfolgt, da ferner die Geltung unseres Gesetzes den vorher erfolgten Tod des Erblassers voraussetzt, so ergibt sich von selbst, dass unsere Verordnung die sui heredes nicht berührt; dieselben erwerben auch nach der l. J. et P. P. mit dem Augenblicke der Delation ipso iure.[1]) Zudem bezeichnet

[1]) cf. Seite 21 ds. Note 2.

Justinian in § 5 Cod. de cad. toll. unsere Verordnung als eine Modifikation des Grundsatzes, dass eine nicht erworbene Erbschaft nicht transmittiert werden könne, woraus doch hervorgehen dürfte, dass sui ausgeschlossen waren.

Weniger bestritten zwar, aber keineswegs unpraktisch ist die Frage, ob unter den liberi, von denen unsere Verordnung spricht, auch Adoptivkinder zu verstehen sind, d. h. ob der eingesetzte Deszendent seine Erbportion auch auf seine Adoptivfamilie transmittiere. v. Vangerow l. cit. Seite 491 will Adoptivkinder ausschliessen von der Wohlthat unseres Gesetzes, da die Intention desselben nur auf blutsverwandtschaftliche Verhältnisse gehe, während v. Löhr a. a. O. Seite 119 die Geltung der theodosischen Rechtswohlthat auch auf den arrogatus und plene adoptatus ausdehnt. Ich kann mich hier nur der Ansicht v. Löhrs anschliessen, denn einmal erwähnt das Gesetz mit keiner Silbe, welcher Art die Verwandtschaft sein müsse, die den Transmissar mit dem Erblasser verbindet und ausserdem scheint mir bei der im justinianischen Erbrechte hervortretenden Bevorzugung des kognatischen vor dem agnatischen Verwandtschaftsverhältnisse eine Ausdehnung auf den immer durch Blutsverwandtschaft mit dem Erblasser verbundenen plene adoptatus nur angezeigt. Dass, um auf ein Beispiel von Vangerow's Bezug zu nehmen, hiebei unter Umständen Mutter und Sohn zusammen rangieren, d. h. gleiche, konkurrierende Transmissionsrechte haben können, kann meiner Ansicht nach keinen Grund abgeben, den plene adoptatus auszuschliessen. Dass dagegen der minus plene adoptatus, den keine verwandtschaftlichen Beziehungen mit dem Erblasser verbinden, von der durch Theodosius gewährten Wohlthat ausgeschlossen ist, erscheint vollkommen gerechtfertigt, denn unsere Verordnung ist lediglich wegen des durch die lex caducaria bedrohten avitum desiderium erlassen, das sich selbstverständlich nicht auf fremde Personen erstrecken kann.

Unsere Verordnung bezweckt ursprünglich nur Abwendung der Kaduzität der hereditaria portio und es entsteht deshalb die weitere Frage, ob wir berechtigt sind, dieselbe auch auf den heres ex asse auszudehnen, der von der lex caducaria in keiner Weise betroffen wurde, da bei ihm der Erbschaftsantritt nicht an die Testamentseröffnung gebunden war. Unzweifelhaft können die Deszendenten des heres ex asse logisch nicht schlechter behandelt werden, wie die des heres ex parte. Dass die Gesetzgeber des heres ex asse nicht gedachten, hat in dem Entstehungsgrund ihrer Verordnung seine Erklärung, allein für das justinianeische Recht, wo der heres ex parte u. der heres ex asse infolge der Aufhebung des Papi'schen Gesetzes sich gleich standen hinsichtlich der Antrittsmöglichkeit der Erbschaft, dürfen wir unbedenklich behaupten, dass

auch die Deszendenten des heres ex asse die Wohlthat unseres Gesetzes beanspruchen können, da weder Wortlaut noch ratio einer extensiven Auslegung widersprechen.

III.

Wir haben somit die wichtigeren Fragen, die für unser Rechtsleben praktische Bedeutung haben, im Vorstehenden näher erörtert und sind zu folgendem Resultate gekommen:

Die sogen. transmissio Theodosiana ist

1. weder eine gesetzliche Substitution, noch beruht sie auf der Fiktion geschehenen Erwerbs bezw. ipso iure Erwerbs, sondern sie ist eine successio in delationem;
2. hauptsächlich veranlasst durch die Härten der durch die lex Julia et P. P. eingeführten Kaduzität;
3. abhängig in ihrer Geltung von dem Tode des Erblassers, dagegen auch noch post apertas tabulas möglich;
4. eingeführt zu Gunsten der Deszendenten des Erblassers cuiuscunque sint sexus vel gradus, die jedoch Erben ihres praedefunctus parens werden müssen;
5. unanwendbar für den suus heres, dagegen auszudehnen auf den plene adoptatus und den arrogatus, sowie auf den heres ex asse;
6. zu beschränken auf die Testamentserbfolge.

Druck von Frz. X. Seitz, München, Buttermelcherstrasse 16.